

△論
説▽

親族相盗例の人的適用範囲

川 口 浩 一

目 次

- 一 問題の所在
- 二 親族相盗例の法的性質との関連
- 三 財産犯の保護法益の問題（本権説と所持説の対立）との関係

一 問題の所在

親族相盗例は、ローマ法にその起源を持つといわれ、ヨーロッパ大陸を中心として立法例がみられる。⁽¹⁾ 我が国においても、刑法二四四条は、⁽²⁾ 「親族間の犯罪に関する特例」として同条一項で「配偶者、直系血族又は同居の親族との間で第二百三十五条の罪、第二百三十五条の二の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除する。」と規定し、同条二項では「前項に規定する親族以外の親族との間で犯した同項に規定する罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。」と規定している。さらに共犯については、同条三項で「前二項の規定は、親族でない共

犯については、適用しない。」とされている。この規定をめぐっては、錯誤の取り扱い等のいくつかの解釈論上の論点が議論されてきた。⁽³⁾ その中でも、親族関係が所有権者と占有者のどちらにあればこの規定が適用されるか（あるいはその両方になければならないのか）といういわゆる「親族相盗例の（人的）適用範囲」の問題は、⁽⁴⁾ 以前から親族相盗例の解釈論上の大きな論点とされてきたが、最近になって最高裁の新判例が出され、⁽⁵⁾ それをめぐって再び議論がなされている。すなわち、学説としては、窃盗罪などで所持者と所有権者が分離した場合に、⁽⁶⁾ ①窃盗犯人と財物の占有者との間に親族関係があれば足りるとする見解（占有者説）、②窃盗犯人と財物の所有者との間に親族関係がなければならぬとする見解（所有者説）、③財物の占有者および所有者の双方の間に親族関係がなければならぬとする見解（双方説⁽⁶⁾ 通説）、④財物の占有者または所有者のいずれか一方の間に親族関係があれば足りるとする見解が対立している。⁽⁶⁾ それに対して最高裁は、昭和二十四年の判決においてあたかも①説をとるかのごとき判示を行い、その後その解釈をめぐって下級審に混乱が見られたが、平成六年の新判例によって③説に立つことを明示したのである。⁽⁷⁾

この問題点は、①親族相盗例の法的性質をいかに捉えるかという議論および②窃盗罪等の保護法益論に関連させて論じられている。そこでまずこれらの問題についての議論を概観した後で、それらの議論と親族相盗例の適用範囲の問題との関係を論じ、それに関する私見を展開する。

（１）親族相盗例の比較法的な研究も既になされているが（濱邦久・大コンメンタール刑法第九卷四一三頁以下にこれまでの研究が概観されている）、特にヨーロッパにおいては従来の規定を改正した例が多く見られるので、一九九六年時点での各国の規定の現状を以下で簡単に紹介する。

① フランス刑法三一・一二条（親族の場合の不訴追）は次のように規定する（一九九四年新刑法典、旧三八〇条）。

「次に掲げる者による窃盗は、刑事訴追をされない。

一 自己の尊属又は卑属を害するとき。

二 自己の配偶者を害するとき。ただし、別居し又は別居を許された配偶者に対する場合はこの限りではない。」

三二・九条二項で強盗、三二・一二条二項で恐喝、三一・三条二項で詐欺、三一・四条で背信（横領）にも適用される。法務大臣官房司法法制調査部編・フランス新刑法典（一九九四年）による。この規定については Véron, *Droit pénal spécial* 5^{ed}. 1996, p. 192; Pradel/Danté-Juan, *Droit pénal*, Tome III *Droit pénal spécial*, 1^{re} Ed. 1995, pp. 536-8 等を参照。

② イタリア刑法六四九条は、次のように規定する。

「本節において予定されている行為を、次に掲げる者の不利益に犯した者は、処罰されない。

一 法律上の別居をしていない配偶者

二 尊属または卑属（民法一五〇、一五一、一五八条）、直系の姻族（民法七八条）または養子または養親（民法二九一乃至三八九条）

三 同居の兄弟姉妹

本節において予定されている行為は、法律上の別居をしている配偶者、同居していない兄弟姉妹または同居の伯（叔）父・伯（叔）母・従兄弟・従姉妹もしくは二親等の姻族の不利益になされた場合には、被害者の告訴（一二〇条）がなければ訴追できない。」この規定については Crespi/Zuccala/Stella, *Commentario Breve al Codice Penale*, 1992, pp. 1537-9 等を参照。

③ スペイン刑法二六八条一項は「法律上の別居、事実上・法律上の離婚をしらず、婚姻が無効でない夫婦、尊属、卑属、同居の兄弟姉妹・義兄弟姉妹および一親等の親族間で行われた暴行・脅迫を伴わない財産犯は刑事責任を免除され、専ら民事責任に服する。」と規定する（一九九五年新刑法典、旧五六四条）。

④ 英米法では、コモン・ロー上「他人の」財産ではないという理由で夫婦間については窃盗・横領等が成立しないという原則がかつて存在したが、現在では夫婦間でも原則としてそれらの犯罪が成立しうると考えられるようになってきている。イギリスについては Card, Cross & Jones, *Criminal law*, 7th ed. 1995, p. 270, Smith, *The Law of Theft*, 7th ed., 1993, pp. 229-232, ハメットについては La Fave & Scott, 2 *Substantive Criminal Law* 335-6, 375 (1986); Note, 61 *Colum. L. Rev.* 73, 79-81 参照。

⑤ スウェーデン刑法においては、かつて八章三条において(滅刑的)「家族相盗」の規定があったが、一九八七年の法律七九一号によって削除されている。同八章一三条は同居者・親族その他の近親者間で行われた強盗・重窃盗以外の財産犯については被害者の告訴、公共的観点上訴追が必要の場合にのみ公訴が提起されることを規定している。この規定については Holmberg/Hult/Leijonhufvud/Wennberg, Kommentar till Brottsbalken I 7:e upplagan 1995, s. 348, s. 390ff. を参照。

⑥ ドイツ刑法二四七条は「家庭内および家族間窃盗 (Haus- und Familiendiebstahl)」と云つ「窃盗又は横領によって親族、後見人又は世話人が侵害された場合、又は被害者が家庭の共同体において生活している場合には告訴があった場合にのみ訴追される (Ist durch einen Diebstahl oder eine Unterschlagung ein Angehöriger, der Vormund oder der Betreuer verletzt oder lebt der Verletzte mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft, so wird die Tat nur auf Antrag verfolgt.)」と規定している。

この規定の趣旨は「行為によって生じたコンフリクトをできるだけ近親関係の内部において刑法的制裁なしに処理されることを可能にしようとした」ものである (Samson in: SK 4. Aufl. (1990), §247Rn. 6.)。ドイツ法においてもこの場合の被害者が誰なのか争われている。通説は、被害者は所有者のみならず、占有者も含まれるとするが、ドイツ刑法の窃盗罪および横領罪は所有権に対する罪であり、占有権はそれ自体として保護されているのではないから所有者に限定されるという見解 (Samson, a. a. O. §247 Rn. 5) もある。

⑦ スイス刑法では、一九九四年の改正(一九九五年施行)によって従来の窃盗罪の規定(旧一三七条)は一九三条になり、一九七条には領得罪の基本類型たる構成要件が新設された)が変更され、「親族または家族共同体構成員の不利益になされた」不法領得(刑法一三七条二項)または窃盗(一三九条四項)は告訴がなければ訴追されないと規定された。この改正の理由書は BBl (Bundesblatt) 1991 II, 997 ff. に掲載されている。この規定に関する文献としては Rehberg/Schmid, Strafrecht III, 6. Aufl. (1994), S. 77 ff. 等を参照。

⑧ オーストリー刑法では、親族間の財産犯罪は、原則的に被害者が訴追を望んだ場合にのみ(いわゆる私訴犯罪)かつ通常の犯罪よりも軽く処罰され(刑法一六六条)、「一定の軽微な犯罪の場合は処罰されない(刑法一三六条、一四一条)。これらの規定に関する文献としては Hauptmann, ÖJZ 1983, 119; Hoinkes-Wilfnseder, AnwBl 1984, 119 等を参照。

⑨ 韓国刑法においては、権利行使妨害罪についての三二八条の規定(「①直系血族、配偶者、同居親族、戸主、家族、また

はその配偶者間の第三二三条の罪は、その刑を免除する。②前項以外の親族間で第三二三条の罪が犯された場合には、告訴がなければ公訴を提起することができない。③前二項の身分関係が共犯に対しては、前二項は適用されない。」が三四四条で窃盗罪（刑法三二九条乃至三三二条）、三五四条で詐欺および恐喝罪（刑法三九章）、二六一条で横領および背任（刑法四〇章）、三六五条で贓物罪（刑法四一章）に準用されている。なお韓国においても、親族相盜例の法的性格に関して①違法阻却説・②責任阻却説および③人的処罰阻却事由説があるが③説が通説であり、人的適用範圍についても一九八〇年十一月一日の大法院判決では占有者のみならず、所有者にも親族関係が必要であるとされ、学説上もそれが通説である。以上韓国・清州大学の趙炳宣教授の御教示による。

⑩ 中華人民共和国においては、窃盗罪について親族相盜例にあたる規定はないが、一九八五年三月二日の最高人民檢察院の回答によると、原則として家庭または近親者（夫、妻、父、母、息子、娘、兄弟姉妹）間の窃盗については犯罪として処理されないが、例外的に社会的危険性が高い場合には処罰できる。ただし後者においても（量刑などにおいては）通常の犯罪とは区別されなければならないとされる。以上MPIの中国法担当の範劍虹研究員の御教示による。

(2) この規定は「祖父母夫婦子孫及ヒ配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ財物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ヲ以テ論スルノ限リニアラス若シ他人共ニ犯シテ財物ヲ分チタル者ハ窃盜ヲ以テ論ス」として「不論罪」の形式で規定していた旧刑法三三七条の規定に対して、明治四三年草案が当時のドイツの刑法を参照して特定の親族につき刑の免除とするともにその他の親族については親告罪にするという規定を置いたことに従って導入された現行刑法典の二四四条の規定（直系血族、配偶者及ヒ同居ノ親族ノ間ニ於テ第二百三十五条ノ罪、第二百三十五条ノ二ノ罪及ビ此等ノ罪ノ未遂罪ヲ犯シタル者ハ其刑ヲ免除シ其他ノ親族ニ係ルトキハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス②親族ニ非サル共犯ニ付テハ前項ノ例ヲ用ヒス）が平成七年の口語化改正によって現在の規定となったものである。歴史的展開については石堂淳「親族相盜例の系譜と根拠」法学五〇巻四号一一三頁以下が詳しい。なお同論文については中山研一・法律時報六〇巻九号一一五頁以下の論評も参照。

(3) これらの問題については八木国之一「親族関係と犯罪」刑法講座六卷一六六頁以下、西本晃章「親族関係と犯罪」現代刑法講座四卷三九一頁以下、日高義博・曾根威彦「親族間における財産犯」現代刑法論争三九頁以下、松原芳博「親族関係と財産犯」刑法基本講座五卷三一七頁以下、曾根威彦「親族間における財産犯」同・刑法の重要問題（各論）補正版二四四頁以下等を参照。

(4) この問題について論じたものとして、青木紀博「親族相当例の親族関係」産大法学三〇巻一号(一九九六年)一頁以下および三枝有「親族相盜例における親族関係」中京法学三〇巻三号(一九九五年)がある。

(5) 最高裁平成六年七月一九日第二小法廷決定刑集四八巻五号一九〇頁、判例時報一五〇七号二六九頁、判例タイムズ八六〇号一一八頁。事案は次のようなものであった。被告人は、平成四年八月二五日、大分県内のA方において、同所に駐車中の軽四輪貨物自動車内から、Aの保管に係るB株式会社(代表取締役C)所有の現金約二万六〇〇〇円を窃取した。被告人とAとは、同居していない親族(六親等の血族)の關係にあった。このような事案につき、第一審(日田簡易裁判所)では、被告人に懲役一年、執行猶予三年の有罪判決が言い渡された。これに対して、被告人から控訴がなされ、被告人とAとの間には同居していない親族の關係があるから、本件は刑法二四四条一項後段により親告罪に該当し、Aから告訴がなされていない以上、公訴棄却の判決をすべきだとの主張がなされた。それについての第二審(福岡高等裁判所)では、「窃盗罪においては、財物に対する占有のみならず、その背後にある所有権等の本権も保護の対象とされているというべきであるから、財物の占有者のみならず、その所有者も被害者として扱われるべきであり、従って、刑法二四四条一項が適用されるには、窃盗犯人と財物の占有者及び所有者双方との間に同条項所定の親族關係のあることが必要である」とし、本件の場合には、「窃盗犯人と財物の占有者との間には刑法二四四条一項後段所定の親族關係があるが、窃盗犯人と財物の所有者との間には親族關係がないから、同条項後段の適用はないというべきである」として、控訴が棄却された。これに対して、親族關係は犯人と占有者との間に存すれば足りるとの観点から上告がなされた。最高裁は、上告を棄却し、「窃盗犯人が所有者以外の者の占有する財物を窃取した場合において、刑法二四四条一項が適用されるためには、同条一項所定の親族關係は、窃盗犯人と財物の占有者との間のみならず、所有者との間にも存することを要するものと解するのが相当であるから、これと同旨の見解に立ち、被告人と財物の所有者との間に右の親族關係が認められない本件には、同条一項後段は適用されないとした原判断は、正当である」という判断を示した。本決定の評釈としては、前掲(注4)の青木・三枝論文の他、今崎幸彦・ジュリスト一〇六七号一一九頁以下、塩見淳・法学教室付録判例セレクト⁹⁴三七頁、井田良・法学教室一七三号一三四頁以下、日高義博・平成六年度重要判例解説一四六頁以下、木村光江・東京大学法学会雑誌三六巻一号二五七頁以下、高橋直哉・判例評論四四二五号五五頁(判例時報一五四三号二四九頁)以下、原口伸夫・法学新報一〇二巻九号二五一頁以下、町野朔・ジュリスト一〇九二号一二九頁以下等がある。なお、本決定の原審の福岡高裁・控訴審判決の評釈としては、園部典生

番号	裁判所・ 判決年月日	掲載誌	事案		判旨	
			占有者	所有者範囲	適用	
①	大判明治34. 4. 30	刑録7輯4巻97頁	○	×	②説	×
②	大判明治36. 10. 9	刑録9輯1467頁	×	○	③説	×
③	大判明治40. 2. 18	刑録13輯169頁	×	○	②説	○
④	大判明治41. 9. 28	刑録14輯807頁	×	○	③説	×
⑤	大判明治43. 6. 7	刑録16輯1103頁	×	○	③説	×
⑥	大判明治44. 4. 10	刑録17輯544頁	×	○	③説	×
⑦	大判大正3. 7. 14	刑録20輯1483頁	○	×	③説	×
⑧	大判大正4. 9. 30	刑録21輯1638頁	×	○	③説	×
⑨	大判昭和6. 11. 17	刑集10巻604頁	○	×	③説	×
⑩	大判昭和12. 4. 8	刑集16巻485頁	○	×	③説	×
⑪	最判昭和24. 5. 22	刑集3巻6号858頁	×	×	①説	×
⑫	仙台高判 昭和25. 2. 7	判特3号88頁	○	×	①説	○
⑬	福岡高判 昭和25. 10. 17	高刑集3巻3号487頁	○	×(誤)	①説	○
⑭	広島高(支)判 昭和28. 2. 17	判特31号67頁	○	×(誤)	①説	○
⑮	札幌高判 昭和28. 9. 15	高刑集6巻8号1854頁	○	×	③説	×
⑯	大阪高判 昭和28. 11. 18	高刑集6巻11号1603頁	○	×(誤)	③説	×
⑰	名古屋高(支)判 昭和28. 12. 3	高刑集6巻13号681頁	○	×	③説	×
⑱	札幌高判 昭和36. 12. 25	高刑集14巻10号681頁	○	×	③説	×
⑲	東京高判 昭和38. 1. 24	高刑集16巻1号16頁	○	×	①説	○
⑳	広島高(支)判 昭和41. 5. 31	判時485号71頁	○	×	③説	×
㉑	福岡高判 平成6. 2. 3	判時1493号144頁	○	×	③説	×
㉒	最決平成6. 7. 19	刑集48巻5号190頁	○	×	③説	×

*①説＝占有者説，②説＝所有者説，③説＝双方説

- ・研修五五二号二五頁、中山研一・判例評論四三〇号六九頁（判例時報二九〇六号二二三頁）、佐久間修・最新判例ハンドブック（受験新報一九九四年二月号別冊付録）四一頁以下がある。
- （６）これらの学説について青木・前掲（注４）九頁以下、④説については中山・前掲（注５）二三五頁を参照。
- （７）なお大審院は基本的に③説の立場をとっていた。判例の展開については詳しくは青木・前掲（注４）三頁以下および木村・前掲（注５）二七八頁以下を参照。参考のために判例を表にまとめて掲げておく。

二 親族相盗例の法的性質との関連

親族相盗例の人的適用範囲の問題を、直接的に親族相盗例の法的性質から演繹して解決しようとする学説がある。例えば、前田教授と木村教授は親族相盗例は「事件が家庭内におさまっている限りにおいては法は介入しない」という政策的規定であるから、占有者または所有者が親族関係になれば、家庭外の者を巻き込んだ事件として、政策的に免除ないし親告罪とする根拠が失われるとされる。⁽⁸⁾以下では、まず親族相盗例の法的性質についての学説とその論拠を概観し、このような論拠が正しいものであるかについての私見を述べたい。

親族相盗例の法的性質の議論は、中止犯に関する議論と類似して、政策説と法律説に分類されるのが一般的である。法律説は、さらに違法性の減少ないし阻却に着目するものと、責任の減少ないし阻却に着目するものに分けられる。

(一) 政策説(一身的刑罰阻却事由説)⁽⁹⁾

この見解は、親族相盗例の性質は、犯罪としては成立するが、親族という身分に基づいて刑罰が一身的に阻却されるとするもので、その背後には「法は家庭に入らず」という思想があるとされる。この説が主張された背景には、従来の違法性・責任という犯罪論上のカテゴリーから説明することが困難であるという理論的根拠と、困難な錯誤の問題を回避することができるという実務的根拠があったようにおもえる。

(二) 法律説

① 違法阻却・減少説

この見解は、平野博士がいわれるように、家庭内での財物の所有・占有は合同的であることや、中森教授が指摘されるように「家庭内での物の所有・利用が個人毎に厳格に区別されたものでないことから、その侵害行為の違法性が⁽¹⁰⁾

通常の場合よりも低いとみられる」とするものである。また可罰的違法性の阻却であることを強調する学説もある。⁽¹¹⁾

② 責任阻却・減少説

この見解は、親族間では、瀧川教授が主張されたように、行為動機に対する反対動機が弱く、期待可能性がないこととや、最近松原助教が主張されているように、そのような事実上の反対動機形成の可能性の減弱に加えて「親族関係における行為者の動機形成に目を向ければ、親族関係特有の——ある種の『甘え』を背景とした——誘惑的要因が動機形成に寄与して」おり、「かような親族関係特有の誘惑的要因に動機づけられた行為は、通常の犯行ほどには反価値的な規範意識の反映といえず、犯行の『人格相当性』が希薄なため、特別予防の必要性が後退」し、「さらに、この点の社会心理的な反映として、このような行為は、通常の犯行ほどには、法秩序の妥当性にとって脅威となるような印象を与えないため一般予防の必要性も後退」し、「このような予防の必要性の後退が期待可能性判断における期待を後退せしめた結果、可罰的責任が脱落する」とするものである。⁽¹⁴⁾ また曾根教授も「親族間では行為動機に対する反対動機が弱く、『親族の物を盗むな』と期待することが困難である」ことおよび「親族間における行為は、親族関係特有の誘惑的要因に動機づけられており、そこには現に刑罰を科してこれを非難するほどの有責性は認められない」とされ、そこから刑が免除される程度に責任が減少するとされる。⁽¹⁵⁾

(三) 二分説

八木教授は、配偶者間においては夫婦共同体の原則に基づく消費共同体の存在が認められ、そのような共同体内の行為については刑法上の可罰的違法性を欠くが、その他の場合については処罰阻却事由にあたるとされるのである。⁽¹⁶⁾

(四) 三分説

最近、青木教授は、①「現実に財産についての共同体的な形態が存在するがゆえに可罰的違法性が存在せず、ある

いは『盗むな』と期待できないような場合」と②「財産共同体的な形態が現実に存在し、財産の所有・利用が親族間相互で厳密に区別されていないために違法性が減少し、あるいはそうではなくても、親族間に特有の誘惑的な要因が現に存在するために責任の減少が認められる場合」および③「違法性および責任の減少が認められない場合」を区別され、①の場合には可罰的違法性ないし期待可能性の欠如を理由に端的に無罪判決を言い渡すべきであり、②の場合には違法性または責任の減少という実質的な可罰性評価から二四四条が適用され、③の場合には純粹な政策判断に基づいて二四四条が適用されるという見解を主張されている。⁽¹⁷⁾

(五) 私見

以下ではこれまでの学説を批判的に考察し、親族相盗例の法的性質に関する私見を述べ、それと親族相盗例の人的適用範囲の問題との関連性について検討する。

(1) 政策説の評価

まず政策説であるが、確かになるべく「法は家庭に入らない」という政策がこのような規定の前提になっていることは明らかであるが、なぜそのような政策が採られるのかという実質的な考慮が不可欠であるし、また本当にそれが法律的に説明不可能であるかを再検討すべきである。その意味では「法は家庭に入らない」というのは結論であって根拠ではないとされる松原助教教授の批判は正当なものである。⁽¹⁸⁾

(2) 法律説の評価

次にいわゆる法律説の内、違法減少・阻却説については、確かに親族、特に同居の親族間については、財産関係が共同であったり、財産の所有関係が不明確な場合も多い。しかし共有（民法二四九条以下）が認められる場合についても横領罪が成立するし、⁽¹⁹⁾ 財産関係が不明確な場合には、実際上は錯誤が問題になる場合が多いであろうが、その

こと自体が違法性を阻却するとまではいえないであろう。また現行の民法では夫婦間においてもいわゆる夫婦別財産制が採られている。⁽²⁰⁾ これらの事情からみて違法性の観点から、この規定を説明するのは困難であろう。

以上のような事情から現在の法秩序においては、たとえ親族間であっても盗んではならないという規範は妥当していると考えられる。しかし違法であるということは処罰の必要要件ではあるが、十分要件ではない。私見によれば、この責任の段階で親族相盜例の規定は説明可能である。確かに従来の心理的事実を重視する責任論からは、必ずしも常に反対動機が弱いわけではない等の批判が可能であろう。しかし責任を規範的に構成し、さらに刑罰目的から責任の内容を演繹するいわゆる「機能的責任論」の立場からは、「法は家庭に入らない」という政策的論拠とされるものを責任論に取り込むことも可能であると考えられる。上述の松原助教授の見解は、刑罰目的を予防と考えたうえで、同様の理論構成を目指したものとして注目される。しかし予防を目的とした場合に、松原助教授のような見解が必然的であるかには疑問がある。なぜならば、家族の物を盗む物は、特別予防的観点から見ても、次は他人の者を盗むかもしれないし、物を盗んではいけないという規範を徹底させるためには処罰することによってたとえ親族間であっても許されないということを示す方が一般予防に役立つともいえるからである。むしろ刑罰目的は、吉岡教授のいわれるように犯罪の事後処理であると考えるべきであるし、⁽²¹⁾ そう考えることによって初めて親族相盜例の規定を説明できると思われる。すなわち親族間において財産犯という比較的（殺人などに比べて）社会的重大性が低いと考えられる犯罪が犯されたときは、親族あるいは家庭という特殊な集団内の自律的な処理に委ね、刑罰による事後処理は不必要であるとされることが、この規定の実質的な根拠であるといえよう。このような理解から、近親間や、生活共同体を形成している同居の親族間については犯罪の事後処理はその内部においてなされなければならないことを前提として、刑罰による介入を放棄しており、その他の親族間においてもなるべくその内部で処理すべきであることを前提として、

告訴があつた場合にのみ介入を認めているのである。このことを帰属の観点⁽²³⁾から説明すれば、この事態は個人に帰属されるのではなく、親族という共同体に帰属されることによって処理・解決されるのである。

(3) 親族相盗例の法的性質に関する私見

このように責任は刑罰目的との関連なしでは理解できないとする機能的責任論を前提とし、かつ刑罰目的を犯罪の事後処理と考えることによって、責任の観点から親族相盗例の規定を説明することが可能になるのである。そのように責任の観点から二四四条一項の規定が説明できるとしても、さらに責任の阻却か、それとも単なる減少に過ぎないのかが問題となる。確かに刑事訴訟法では無罪判決と刑の免除を区別しており、そのことから刑の免除は有罪判決の一種であるように見える。しかし二四四条一項については、それが必要的免除であり、実務上も起訴がなされることはなく、また中止犯など他の免除の規定の解釈においても違法または責任阻却説が有力に主張されていることから、責任阻却と解することができよう。⁽²⁴⁾従って私見によれば、親族相盗例における刑の免除の事例は責任が阻却される事例であると捉えるのが妥当である。

(4) 法的性質論と人的適用範囲論の関連性

それでは、このような親族相盗例の性質論から、直接的に親族相盗例の人的適用範囲の問題が解決可能なのだろうか。前述したように前田教授や木村教授はこのことを肯定される。すなわち、前田教授は、政策説からは「所有権者を含めた全関与者が家庭内になれば、家庭内での処理に任せず、通常の刑事司法システムで処理すべきである」ともいえるから、占有権者かつ所持者説も合理性を有するとされる。⁽²⁵⁾また川端教授も「親族相盗例の規定は、保護法益の問題とは関係なく、独自の沿革と意義を有している『法律は家庭に入らず』という思想からすれば、目的物の所有者または占有者が親族でない場合、事柄はすでに家庭外に波及しているのであるから、本条を適用すべきではない」⁽²⁶⁾

とされる。しかしながら青木教授が適切に批判されるように「関与者」の範圍が不明確であるし、⁽²⁷⁾もしそれを所有者と占有者に限定するならば、その論拠は何かということが問題となる。その点を明確にせずに所持説をとりながら政策説から所有者も被害者であるとの結論が導き出されるとするのは、結局は玄関では拒否した本権説を裏口から入れるに等しいものであろう。⁽²⁸⁾

これに対して日高教授は、一身的な刑罰阻却事由説からは、親族相盜例に必要な親族關係の範圍を判断する際にも、「法は家庭に入らず」という観点から、被害者が親族内にとどまっているかどうかということが重視されると述べられ、財物の占有者と所有者が一致している場合には、被害者の特定は容易であるが、「財物の占有者と所有者が異なる場合には、誰が被害者なのか、窃盜罪の保護法益の捉え方によって異なることになる。⁽²⁹⁾つまり、保護法益の捉え方によって、必要とされる親族關係の範圍にも違いが生じるのである」とされる。また青木教授も、この問題にとって決定的なのは被害者が誰かという問題であるとされる。⁽³⁰⁾このように現在の有力説は、法的性格についての政策説・法律説のいずれから被害者が誰かという観点が決定的であるとし、そこから財産犯の保護法益論との関連を重視しているのである。⁽³¹⁾

私見においても、親族相盜例が適用されるための人的範圍については、社会的な制裁による処理ではなく、家庭内の処理で十分であるという判断の基礎として事後処理が必要となる事態が家庭内に止まっているかどうかが決定的であり、被害が家庭外にも及んでいるかどうか、すなわち法的に被害者は誰かという問題が重要であると考え。従って以下では、その問題の解決にとって決定的だと考えられる財産犯における本権説と所持説の対立について検討する。

(8) 前田雅英・刑法各論講義(第二版)二二三頁、木村・前掲(注5)二八二頁以下なお三枝・前掲(注4)一五五頁は、刑事政策措置が例外的措置であることから、③説が妥当であるとしている。しかし、例外的措置であることが必然的に③説を

導くとはいえないであろう。

(9) 前田・前掲(注8)二二三頁、川端博・刑法各論概要(第二版)一七六頁、花井哲也・刑法講義〔各論Ⅱ〕四八頁、木村・前掲(注5)二八二頁以下、井田・前掲(注5)一三五頁、日高・前掲(注5)一四六頁等。

(10) 平野・刑法概説二〇七頁。同旨、町野・前掲(注5)一三〇頁以下。

(11) 中森喜彦・刑法各論(第二版)一二五頁。

(12) 佐伯千似・刑法各論(訂正版)一四八頁、なお三〇頁以下(一〇五条の場合と対比)も参照。同旨、中義勝・刑法各論一四八頁。中山研一・概説刑法Ⅱ(補正版)一一四頁は、この見解および平野説を「可罰的違法阻却説」と呼び、それに従うとする。

(13) 瀧川幸辰・刑法各論一一三頁。

(14) 松原・前掲(注3)三二三頁以下、同「親族相盗例の法的性質」早稲田大学大学院法研論集六三号二六二頁以下。

(15) 曾根・前掲(注3)二四九頁。

(16) 八木・前掲(注3)一七八頁以下。なお石堂・前掲(注2)一四一頁以下は、政策的根拠と可罰的違法性の両者の複合としてこの規定を捉えるべきだとする。

(17) 青木・前掲(注4)一七頁以下。

(18) 松原・前掲(注3)三二〇頁。

(19) 判例上も共有者の一人がその占有する共有物をほしのままに自分一人のために消費したときは、共有物の全部について横領罪が成立するとされる(大判昭一〇年八月二九日刑集一四卷八九四頁)。

(20) すなわち民法第七六四「特有財産、帰属不明財産の共有推定」では、第一項において「夫婦の一方が婚姻前から有する財産及び婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とする。」とされ、同二項では「夫婦のいずれに属するか明かでない財産は、その共有に属するものと推定する。」とされている。

(21) Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 17/18f.

(22) 吉岡一男・刑事学(新版・一九九六年)等を参照。

(23) Vgl. Jakobs, 前掲(注17) 17/20.

(24) おそらくこの問題は最終的には立法上解決されるべきであろう。このことについては吉岡一男・刑事法通論一〇五頁以下参照。なお刑の免除という観点からこの問題を考察したものとして、大原邦英「刑の免除序説」法学五二巻三三五四頁以下がある。

(25) 前田・前掲(注8)二二三頁(第二版・一九九五年)。ただし同書の初版(一九八九年)二三四頁では所持者説が採られていたことが注目される。

(26) 川端博・前掲(注9)一七七頁。

(27) 青木教授は詐欺罪における被欺罔者等の例を挙げられるが(前掲(注4)一八頁)、他にも例えば間接正犯における無過失の介在者の場合なども問題となろう。

(28) 占有説に立つならば、むしろ端的に占有者との間のみに親族関係があれば足りるとするべきであろう。そのように解する見解として、中・前掲(注12)一四八頁。

(29) 日高・前掲(注5)一四六頁。同様に曾根威彦・刑法各論(新版・一九九五年)一二二頁は、修正本権説から、また花井哲也・前掲(注9)四八頁は、「窃盗罪等の規定は、事実上の所持をも保護の対象としつつ、究極には、その所持の基礎となる所有権その他の本権を保護するものと考えられるので」、双方説(上述③説)が妥当であるとする。

(30) 青木・前掲(注4)一八頁。

(31) これに関し例えば同じく一身の刑罰阻却事由説が通説であった改正前のドイツにおいても財産犯の保護法益と関係づけて議論がなされていたことが、注目される(Vgl. Schönke/Schröder, StGB 16. Aufl. 1972, §247 Rn. 9) また親告罪についての規定であるスイスの判例(BGE 84 IV 12)やオーストリーの判例(OGH. ÖJZ 1962: 302)でも、そのような観点からの議論がなされていることが注目される。

三 財産犯の保護法益の問題(本権説と所持説の対立)との関係

財産犯の保護法益の問題については、学説において本権説と所持説が対立し、大審院は原則的に本権説的な立場をとっていたのに対し、最高裁は占有説に傾斜しているのは周知のことである。本稿ではこの対立自体について詳述す

ることは避け、親族相盗例の人的適用範囲という問題との関連においてこの問題を概観し、私見を展開する。

まず、所有権その他の本権が保護法益であるとする本権説の立場では、窃盜の被害者は財物の所有者であり、親族関係は犯人と財物の所有者との間に必要になるとされ、これに対して、事実上の占有（所持）を保護法益とする占有説では、窃盜の被害者は財物の占有者であり、親族関係は犯人と財物の占有者との間に必要になるとされる。しかし現実にはこのような極端な説ではなく、「一応理由のある占有」あるいは「平穩な占有」を保護しようとする中間説が多数説であるとされ、この説によれば、財物を占有している者もその所有者も窃盜の被害者というるので、親族関係は、犯人と占有者との間だけでなく、所有者との間にもなければならぬことになる⁽³²⁾。基本的な対応関係としては、確かにそのようにいうことができよう。従つて最高裁判平成六年判決の結論をとるためには「窃盜罪の保護法益については、純粹な占有説ではなくして、中間説を前提とせざるをえないであろう。ここでは、戦後の判例が占有説へと傾斜して行つたことに対し、一定の歯止めがかけられることになる」という日高教授の評価については批判もあるが、基本的には妥当な評価である⁽³⁵⁾。問題はこの中間説の内容である。これについては最近では①「平穩な占有」⁽³⁶⁾、「本権の裏付けあるとの一応の外観を呈する占有」⁽³⁷⁾、「一見不法な占有とみられない財物の占有」⁽³⁸⁾等の、いわば外観を重視する所持説と②「一応理由のある占有」⁽³⁹⁾、「法律的・經濟的見地からみての財産的利益によつて裏付けられている占有」⁽⁴⁰⁾、「民法上保護された適法な占有」⁽⁴¹⁾、「民法の財産法秩序の見地からみて保護される、少なくとも否定されない占有」⁽⁴²⁾等の法的根拠を重視する所持説という二つの異なった傾向があることが指摘されている。前者は事実的要素を重視する所持説の基本的思想と親和的であるのに対し、後者はむしろ所持の法的根拠を問題とする点で、基本的には本権説に近い説であるといえよう。従つて曾根教授のいわゆる修正本権説と呼ぶ方が妥当かもしれない。いずれにせよ重要なはいかなる所持が法的に保護されるべきであるかということである。私見では、事実

的に所持しているというだけですべて刑法的保護の対象とするのは、刑法の謙抑性の観点からみても妥当ではなく、そのような外観さえあれば保護されるとするの、その根拠は不明確である。例えば同じ窃盜犯でも誰が見てもそう見えれば保護されず、外見上はそうように見えない場合には保護されないとする根拠は理解不能である。たしかに二四二条の規定から見ても、現行法上所持が保護される場合があることは否定できないが、だからといって所持説のようになにそれをも明確な基準で拡大していくことには疑問が残る。従つて基本的には本権説を維持しつつ、例外的に所持が保護される場合についても、その所持は、林教授がいわれるように「民法上保護された適法な占有」でなければならぬであらう。このような見解からは親族関係が必要だとされる被害者は、原則的には所有者（本権者）であり、それと民法上保護された適法な占有者がいる場合にはそれも含まれることになる。従つて逆にいえば所持者が民法上保護された適法な占有者ではない場合は、所有者との間だけに親族関係があれば足りることになる。

このことの関連で中山教授の見解との関係を最後に論じておこう。中山教授は「一般の窃盜と親族相盜との可罰的違法性の差を念頭に置きつつ、占有者と所有者の双方について親族関係の存否を具体的に論定した上で、いずれか一方に親族関係が欠ける場合であっても、なお親族相盜例を適用しうる場合がそこにあることを認めることもできる」⁽⁴⁴⁾と述べられ、基本的には所有者と占有者の両者に親族関係が必要とする見解を支持されながらもその例外がありうるとされる。この見解の結論は、私見とも調和しうるものであらう。特に所有者とのみ親族関係があったが、所持者が窃盜犯であつた場合などについては所持者は民法上保護された適法な占有者ではないのでもはや被害者とはいえず、この場合の占有者とは親族関係がなくても二四四条は適用可能である。ただ中山教授の指摘される逆の場合、すなわち所有者の利益が小さく、所有者に対して可罰的違法性がない場合というのは、実際上は所有者が所有権を放棄していたり、侵害に同意していた場合等、所有権自体が否定されたり、同意等により構成要件または違法性が阻却さ

れる場合になるのではなからうか。具体的にどのような事例が想定されているのか必ずしも明らかではないように思われる。なお中山教授は、多くの場合、錯誤が問題となるとされ、その場合には錯誤論による解決が必要になるとされるが、この錯誤の問題については検討すべき問題が多く、ここでは十分に検討するスペースがないので別稿で検討することにする。

以上の結論を纏めれば、親族相盗例において親族関係が必要なのは所有者および民法上保護された適法な占有者の間である。そして占有者が民法上保護された適法な占有者でない場合には、所有者との間にのみ親族関係があれば足りるということになる。

(32) 日高・前掲(注5)一四六頁。ここから日高教授は「親族相盗例の法的性格について一身的刑罰阻却事由説を採り、しかも窃盗罪の保護法益について中間説に依拠する立場からは、本決定の結論は当を得たものと言うことができよう」とされる。同旨のものとして井田・前掲(注5)一三五頁、園部・前掲(注5)二九頁、佐久間・前掲(注5)四一頁等。

(33) 日高・前掲(注5)一四六頁。

(34) 高橋・前掲(注5)五七頁以下。

(35) 原口・前掲(注5)二六三頁も参照。

(36) 平野・前掲(注10)二〇六頁。

(37) 藤木英雄・刑法講義各論二七三頁。

(38) 大塚仁・刑法概説各論(改訂増補版)一七七頁。

(39) 小野清一郎・警察研究三三卷一一一頁

(40) 団藤重光・刑法綱要各論、五一六頁

(41) 林幹人・財産犯の保護法益、二三七頁

(42) 平川宗信・刑法各論、三三六頁

(43) 曾根・前掲(注29)一〇八頁以下を参照。

(44)

中山・前掲(注5)七三頁。さらに、町野教授(前掲・注5・一三一頁)は「親族関係は所有者・占有者の双方に關して必要であるとしつつ、また、親族相盜例において親族らの有する占有を二四二条の『占有』と同意義に理解したうえで、これらの占有を限定して、独立の權利に基づかない占有を除外する」という解釈論を展開され、①「父親が質に入れ、あるいは修理を依頼して預けている時計を、質屋、時計屋から窃取した場合」と②「父親の時計を無償で借りて使っている他人のところからそれを窃盜した」場合とを比較され①においては子とそれらの者との間に親族関係が存在しない以上親族相盜例は適用されないが、②については適用されるとされる。しかし②については無償契約であっても民法上有効な契約であり、そのような占有まで除外されるのかという疑問がある。②については「所有者に準ずる法的・經濟的意味を有する占有權」ではないとされるのであるが、そのような占有とそうでないものとの間の線引きの基準は必ずしも明確でないように思える。